



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10240.002864/2008-52
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-003.724 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2019
Recorrente MONTENEGRO COMERCIO E SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2003, 2004

LANÇAMENTO. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

É nulo o lançamento que não observa os requisitos previstos no artigo 142 do CTN e no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, deixando de apurar a ocorrência do fato gerador, ao intimar somente terceiros que não fazem parte da relação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora. O conselheiro Ricardo Marozzi Gregório votou pelas conclusões da relatora.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Lúcia Miceli - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado, Ricardo Marozzi Gregorio, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias, Breno do Carmo Moreira Vieira (Suplente convocado) e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Trata o processo de auto de infração para cobrança do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, relativo aos anos-calendário de 2003 e 2004, no valor de R\$ 987.467,02, com multa de ofício qualificada de 150%.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 370/382, o contribuinte não comprovou a causa ou o beneficiário dos cheques emitidos pela autuada, e registrados em sua conta corrente, em que pese diversas vezes intimado.

Relata o auditor fiscal que a ciência do Termo de Início de Procedimento Fiscal, e do Termo de Reintimação Fiscal nº 001, foi dada por edital, em razão das tentativas frustradas de ciência por via postal, já que o Aviso de Recebimento retornava com anotação de "mudou-se".

Houve a alteração do endereço fiscal após o início do procedimento, o que motivou a equipe de fiscalização a visitar o endereço, com a lavratura do Termo de Diligência e Constatação Fiscal, no qual informa que não foi localizado o novo endereço, mas foi constatado que a empresa funciona no mesmo endereço da sede da empresa Rondoforms, cujo sócio é o Sr. Antônio Spegiorin Tavares, que, consultado, informou que o contador Cláudio atendia às duas empresas. Nesta visita, um funcionário da empresa encaminhou o auditor fiscal ao escritório do contador, localizado na mesma rua, que chamou o representante da autuada, o Sr. Ueliton Durval A. de Souza, que compareceu no local, assinando o Termo de Reintimação Fiscal nº 002.

Destaca, ainda, que o Sr. Antônio Spegiorin Tavares seria o verdadeiro administrador, por possuir procuração com plenos poderes para gerir a empresa, movimentar as contas bancárias, assinar cheques pagos a terceiros e sacados pelo próprio contribuinte. Na Ficha Cadastral enviada pelo Banco Bradesco, o Sr. Antonio figura como Diretor da autuada, sendo também sócio das empresas Portofitas Importação e Exportação Ltda e Rondoforms Editora e Gráfica Ltda, empresas essas que receberam cheques da Montenegro.

Em razão da inércia da autuada, os extratos bancários foram obtidos por meio de Requisição de Informações Financeiras. Com base neles, a autuada foi intimada a comprovar a origem dos valores creditados/depositados, bem como os beneficiários dos cheques compensados. Em resposta, informou que a conta corrente era utilizada pelos funcionários da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia para receber empréstimos, fato que não foi comprovado.

A qualificação da multa de ofício foi aplicada em razão de o contribuinte ter prestado falsa declaração, em conformidade com a Lei nº 9.430/96 e com a Lei nº 8.137/90, informando não obter receitas na Declaração apresentada pelo Simples Federal para o ano-calendário de 2003, e Declaração de inativa para o ano-calendário de 2004, mesmo tendo movimentação bancária nestes períodos. A autoridade fiscal destacou que, nos cheques emitidos pelo autuado, observou-se pessoas físicas e também empresas beneficiárias, inclusive com afirmação do próprio autuado de ter prestado serviços de impressão de livros, sem qualquer apresentação de livros ou outros documentos fiscais, que comprovassem tais fatos.

Foi imputada responsabilidade solidária para o Sr. Antônio Spegiorin Tavares, com base no artigo 124, inciso I do CTN. De acordo com o Termo de Sujeição Passiva, de fls. 392, constatou-se que no mesmo endereço eleito pelo autuado funcionava a sede da empresa Rondoforms, cujo sócio é o Sr. Antonio Spegiorin Tavares. Verificou-se, ainda, que os atuais sócios são os senhores UELITON DURVAL ATAIDE DE SOUZA e JOSÉ RONALDO MELO DA CRUZ, ambos admitidos em 05/04/2007, depois de iniciada a ação fiscal. Os sócios de direito não possuíam, à época, qualquer condição financeira e/ou econômica para gerir/adquirir a empresa, pois ambos declararam como isentos, ou ficaram omissos em alguns anos. Por outro lado, verificou-se que o verdadeiro gestor do autuado seria o Sr. Antônio Spegiorin Tavares, CPF. 328.331.721-68, que além de possuir procuração com amplos e ilimitados poderes para livremente gerir e administrar, foi a pessoa que assinou e autorizou todos os cheques emitidos, que deram ensejo para a autuação.

Cientificados do lançamento, o autuado e o responsável solidário apresentaram uma única impugnação, que foi julgada improcedente, mantendo o lançamento, por meio do Acórdão nº 01-13.599, prolatado pela 1ª Turma da DRJ/Belo Horizonte/MG, em 17 de abril de 2009, fls. 527/546, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2003, 2004

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto As instituições financeiras, por parte da administração tributária, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

PAGAMENTOS REALIZADOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTOS SEM CAUSA.

A pessoa jurídica que entregar recursos a terceiros ou sócios, acionistas ou titulares, contabilizados ou não, cuja operação ou causa não comprove mediante documentos hábeis e idôneos, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, A alíquota de 35%, a título de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

MULTA QUALIFICADA.

A apresentação de declaração de inatividade, ao permitir a subtração da incidência tributária dos resultados e receitas auferidos no desempenho ou não da atividade e, ainda, a aparente regularidade fiscal da empresa, tem o condão de provar a má-fé da contribuinte, por estar configurada a falsa declaração, tendente a retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador.

O autuado teve ciência da decisão de primeira instância em 13/05/2009, conforme atesta o AR de fls. 553.

Em 03/06/2009, foi apresentado recurso voluntário pelo autuado, fls.555/601, com as seguintes alegações:

=> alega que o recurso voluntário é tempestivo.

=> a pouca clareza do Termo de Início de Fiscalização, o distanciamento e o desconhecimento da Recorrente em relação ao processo de auditoria, a constituição de crédito tributário das contribuições sem que essa informação constasse do MPF inicial, a prorrogação do procedimento fiscal, sem a ciência da Recorrente e os elementos inexatos contidos no Termo de Encerramento, lhe causaram o completo cerceamento do direito de defesa, ferindo frontalmente os dois pilares básicos, ou, em outras palavras, os dois pressupostos fundamentais do regime democrático e do estado de direito: o contraditório e a ampla defesa.

=> não teve ciência do toda ação fiscal, pois foi feita por edital, motivo pelo qual os agentes fiscais não poderiam estar exigindo documentos sabendo que a mesma não estava recebendo nenhuma correspondência.

=> foi intimada a apresentar todo o documentário contábil, mesmo considerando que estava inativa há mais de 5 (cinco) anos, ficando impossibilitado de se defender e oferecer os documentos exigidos pela fiscalização.

=> os agentes fiscais obtiveram, sem autorização judicial, alguns extratos bancários, sendo que o direito ao sigilo bancário é uma das garantias individuais prevista na CF/88.

=> os lançamentos a crédito relacionados nos extratos bancários não representam base de cálculo dos tributos em questão.

=> alguns depósitos ocorreram em função de a recorrente ter emprestado a conta bancária para terceiros, sendo que a presunção legal de omissão de receitas deve ser elidida com a demonstração da origem dos recursos.

=> sobre os pagamentos a beneficiários não identificados, esclareceu que emprestou a conta corrente da empresa para servidores da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia.

=> afirma que utilizou os recursos que eram repassados para estes servidores, de conformidade com declarações já autuadas no presente processo.

=> toda movimentação bancária foi realizada pelos servidores da Assembleia já identificados no processo.

=> no inquérito aberto na Superintendência da Polícia Federal de Porto Velho, todos os servidores prestaram depoimento, bastando ao agente fiscal solicitar cópia, identificar os reais beneficiários, e deles exigir o imposto correspondente.

=> foi lavrado o presente lançamento no valor estratosférico sem que se desse o mínimo trabalho de oficiar à Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia e obter as informações necessárias à identificação dos recebedores dos recursos que apenas transitaram por suas contas correntes.

=> não é verdade que apresentou Declaração para o ano-calendário de 2003 com valores zerados, pois informou no mês de agosto a receita de R\$ 484.245,00, que equivale às duas únicas Notas Fiscais emitidas, nos valores de R\$ 387.855,00 e R\$ 96.390,00, obtidas com impressão de livros, devendo ser excluídos da autuação por serem isentos.

=> houve dupla tributação, pois os recursos creditados nas contas correntes foram tributados, lavrando autos de infração de SIMPLES (ano-calendário 2003) e IRPJ, CSLL, PIS e COFINS (ano-calendário 2004), ao mesmo tempo que os mesmos recursos, quando debitados da conta corrente, também foram tributados com auto de infração de IRRF.

=> assim como não cabe a tributação pelo Imposto de Renda Retido na Fonte uma vez que os beneficiários estão mais que identificados, e também não cabe a tributação dos ingressos na conta corrente pelos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

=> crédito em conta corrente não constitui fato gerador de nenhum desses tributos, pois a base de cálculo do lucro arbitrado, no ano-calendário de 2003, é a receita bruta, composta por venda de bens e prestação de serviços, motivo pelo qual não há que se falar em lançamento de IRPJ e das contribuições reflexas.

=> quanto à multa qualificada, não apresentou Declaração de Inativa com o objetivo de sonegar qualquer tributo, devendo ser desqualificada a multa de 150%;

=> no período fiscalizado não houve venda, não houve compra nem qualquer outra operação que diga respeito aos seus objetivos sociais.

=> o fato de ter emprestado suas contas bancárias e nelas terceiros terem realizado depósitos e saques não configura movimento ou atividade.

=> se depreende de Termo de Intimação que já havia intenção de agravamento de multa por falta de entrega de livros e documentos, hipótese que não contempla a multa de 150%.

=> não houve comprovação do evidente intuito de fraude, por ter constatado que realmente a recorrente apresentou declaração, com movimento, no ano-calendário de 2003, e que não apresentou movimento no ano-calendário de 2004, não havendo que se falar em declaração falsa, afastando a qualificação da multa de ofício.

O responsável solidário Antonio Spegiorin Tavares também apresentou recurso voluntário em 03/06/2009, fls. 603/609, alegando que:

=> vem contestar a sujeição passiva solidária e reafirmar que o fato de possuir um instrumento de procuração não o torna responsável pelos tributos devidos pela pessoa jurídica;

=> reafirma que jamais foi sócio da empresa autuada, e que os reais atuais proprietários da empresa em questão são os senhores UELITON DURVAL ATAIDE DE SOUZA, CPF 682.663.912-20, e JOSÉ RONALDO MELO DA CRUZ, CPF 675.422.982-91, que foram encontrados pela fiscalização e responderam pela empresa;

=> os referidos senhores adquiriram regularmente a empresa no dia 01/02/2007, conforme Décima Primeira Alteração do Contrato Social, durante o procedimento da fiscalização, fato utilizado pelos agentes fiscais para responsabilizá-lo.

=> os adquirentes não necessitavam possuir a quantia de R\$ 55.000,00, conforme afirmam os Agentes Fiscais, pois trata-se de uma empresa que não funciona mais, estando inativa há mais de 10 anos, sendo o valor de seu capital mera referência para efeitos de Registro do Comércio;

=> ao gerenciar a sociedade, por conta e ordem de seus proprietários, o recorrente não incorre em nenhuma das duas situações previstas em Lei para a atribuição da Responsabilidade Solidária.

=> o recorrente não se beneficiou dos recursos que transitaram pelas contas correntes da empresa, não agiu com excesso de poderes e indicou corretamente, aos Agentes Fiscais, a localização dos beneficiários dos referidos recursos bem assim dos atuais proprietários da pessoa jurídica, vindo, portanto, protestar pela não ocorrência de nenhuma situação legal que permita lhe ser atribuída responsabilidade solidária pelos tributos lançados.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Lúcia Miceli - Relatora

Da admissibilidade dos recursos voluntários

O recurso voluntário apresentado pelo autuado é tempestivo, e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Entretanto, a defesa traz alegações concernentes às autuações de

IRPJ e seus reflexos em razão de presunção de omissão de receitas tendo por base o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que não fazem parte desta lide. Assim, conheço em parte do recurso voluntário.

Com relação à admissibilidade do recurso voluntário apresentado pelo sujeito passivo solidário, em pese não ter ocorrido a ciência da decisão de primeira instância para o Sr. Antonio Spegiorin Tavares, entendo que esta falha processual foi sanada com a apresentação da defesa em 03/06/2009, motivo pelo qual também a considero tempestiva. Portanto, tendo em vista que os demais requisitos de admissibilidade estão atendidos, conheço do recurso voluntário do responsável solidário Antonio Spegiorin Tavares.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO

Da análise dos documentos constantes nos autos, verifico que houve a nulidade do lançamento pela inobservância dos requisitos previstos no artigo 142 do CTN, bem como a preterição do direito à ampla defesa, como demonstrado a seguir.

Início esclarecendo que um auto de infração será considerado nulo se os procedimentos não estiverem dentro do previsto no artigo 142 do CTN, bem como no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. No presente caso, compulsando os autos, concluo que a verificação da ocorrência do fato gerador não se deu da forma mais correta, no que concerne à obtenção e valoração das provas. É fato que o procedimento fiscal tem natureza inquisitória, não havendo que se falar em preterição do direito de defesa. Mas, da análise dos eventos ocorridos no procedimento fiscal, concluo que a motivação para a fundamentar o lançamento é falha na demonstração da ocorrência do fato gerador. E, além disso, entendo o procedimento adotado pelo auditor fiscal prejudica sobremaneira a apresentação da defesa do autuado, por não ter tido conhecimento da situação fática que motivou a constituição do crédito tributário.

Explica-se melhor.

Consta às fls. 20 a primeira ciência do Uelinton do Termo de Reintimação 02 do início da fiscalização, em 14/05/2007 solicitando os extratos bancários e demais documentos.

CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE RESPONSÁVEL	
Declaro-me cliente deste Mandado, do qual recebi cópia.	
Nome/Preposto: <u>Uelinton A. de Sousa</u>	CPF: <u>682.663.94-20</u>
Cargo: <u>Sócio Majoritário</u>	Data da ciência: <u>14/05/07</u>
Assinatura:	

Conforme relatado, diante da inércia do contribuinte em responder às intimações, a autoridade fiscal, por meio de RMF, obteve com o Banco Bradesco os extratos bancários de sua conta corrente. A partir de então, conforme Termo de Intimação de fls. 78, emitido em 10/07/2007, o contribuinte foi instado a comprovar, documentalmente, **a origem dos valores creditados/depositados em sua conta corrente**, discriminados em planilha anexa ao termo. O contribuinte foi por diversas vezes reintimado - Termos emitidos em 24/08/2007 (fls.122) e 29/10/2007 - conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, sem qualquer resposta. Mas, em todos esses termos, a intimação se limitava a pedir a comprovação da origem dos valores creditados/depositados. Vejam captura de tela da intimação de 29/10/2007(fl.142):

CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e dando continuidade à ação fiscal em andamento e de acordo com o disposto nos artigos 904, 905, 910 e 927 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999), intimamos o contribuinte, acima identificado, a apresentar, no prazo de 05(cinco) dias, todos os elementos solicitados nos Termos de Intimação Fiscal recebidos nos dias 16/07/2007 e 27/08/2007, que informavam valores creditados em contas-correntes, para serem justificados. Os referidos termos não foram respondidos até a presente data, tampouco os valores creditados foram justificados.

Os documentos deverão ser entregues no setor de fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil.

Seguindo em seu procedimento fiscal, relata o auditor que, **em Termo de Intimação lavrado em 26/11/2007**, foi **solicitado diretamente ao BANCO BRADESCO** os documentos que deram origem às operações realizadas pela empresa, anexando planilha de fls. 150/154, que continha tanto os depósitos quanto **os cheques emitidos**.

IDENTIFICAÇÃO				
Unidade				Número do RPF/MPF
0250100 PORTO VELHO - DRF				0250100/00072/2007
Nome/Nome Empresarial				CPF/CNPJ
BANCO BRADESCO S.A				60.746.948/0001-12
Logradouro			Numero	Complement
CIDADE DE DEUS			S/N	
Bairro	Cidade		UF	CEP
VILA YARA	OSASCO		SP	06.029-900
Local de Lavratura			Data	Hora
DIFIS 2ª RF			26/11/2007	

CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e no curso da ação fiscal em andamento, referente ao contribuinte Montenegro Comércio e Serviços Ltda, assegurado pela REquisição de Movimentação Financeira 0250100/00072/3007 e de acordo com o disposto nos art. 904, 910, 911 e 927 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), **INTIMAMOS a Instituição Financeira** acima identificada a apresentar os elementos abaixo especificados:

Prazo: 10 dias Período de apuração: 2003 e 2004

- Encaminhar os documentos que respaldaram as operações assinaladas em planilha anexa, indicando, quando possível, os depositantes e beneficiários das operações.

16/04/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000121000	50.000,00	D
22/04/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000122000	42.000,00	D
07/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000124000	20.000,00	D
07/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000125000	25.000,00	D
07/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000126000	25.000,00	D
28/05/2003	CHEQUE	000000129000	104.000,00	D
29/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000130000	49.800,00	D
30/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000123000	22.000,00	D
09/06/2003	CHEQUE	000000131000	5.000,00	D
10/06/2003	CHEQUE	000000134000	5.096,77	D
10/06/2003	CHEQUE	000000137000	25.000,00	D
10/06/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000136000	25.000,00	D
11/06/2003	CHEQUE	000000138000	12.000,00	D

No Termo de Verificação Fiscal, o auditor relata que, enquanto aguardava a resposta da instituição financeira acerca dos créditos e débitos (via compensação dos cheques emitidos), também intimou a autuada para se pronunciar acerca das intimações anteriores:

Aguardando a comunicação da instituição financeira, em 11/12/2007, foi lavrado novo Termo de Reintimação Fiscal, cobrando da Empresa Montenegro Comércio e Serviços Ltda o que fora diversas vezes solicitado e não atendido até a data.

Mais uma vez, o Termo emitido em 11/12/2007 (fls. 160) limitou a intimar acerca do valores creditados na conta corrente. Não há qualquer questionamento quanto aos valores debitados na conta corrente:

IDENTIFICAÇÃO			
Unidade	Nº do RPF/MPF		
0250100 PORTO VELHO - DRF	0250100/00426/2006		
Nome/Nome Empresarial	CPF/CNPJ		
MONTENEGRO COMERCIO E SERVICOS LTDA	03.119.686/0001-22		
Logradouro	Número	Complement	
R JOSE DE ALENCAR	3890		
Bairro	Cidade	UF	CEP
OLARIA	PORTO VELHO	RO	78.902-600
Local de Lavratura	Data		Hora
DIFIS 2ª RF	11/12/2007		

CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e dando continuidade à ação fiscal em andamento e de acordo com o disposto nos artigos 904, 905, 910 e 927 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999), intimamos o contribuinte, acima identificado, a apresentar, no prazo de 05(cinco) dias, todos os elementos solicitados nos Termos de Intimação Fiscal recebidos nos dias 16/07/2007, 27/08/2007 e em 31/10/2007, que informavam valores creditados em contas-correntes, para serem justificados. Os referidos termos não foram respondidos até a presente data, tampouco os valores creditados foram justificados.

Acompanhando a intimação emitida em 11/12/2007, consta uma relação de valores creditados na conta corrente:



SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

Superintendência da Receita Federal do Brasil da 2ª Região
Divisão de Fiscalização

MARCELO

CONTRIBUINTE: MONTENEGRO COMERCIO E SERVICOS LTDA
CNPJ/CPF: 03.119.686/0001-22

DEMONSTRATIVO DE VALORES - EXTRATOS BANCÁRIOS

Banco: Bradesco
Agência: 0153-8
Conta: 75.830-2

Data	Histórico	Documento	Valor	D/C
17/04/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	000092105000	50.110,50	C
06/05/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	000567107000	16.722,10	C
07/05/2003	TED-TRANSF ELET DISPON	001944035000	40.000,00	C
08/05/2003	DEPOSITO CHEQUE/DINHEIRO	000697105000	3.110,00	C
08/05/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	000695105000	11.000,00	C
26/05/2003	DOC CREDITO AUTOMATICO*	000509532000	34.867,00	C

A resposta a esta intimação encontra-se às fls. 166, e se limita a esclarecer os valores depositados:

EXCELENTÍSSIMO DELEGADO DA RECEITA FEDERAL - DRF PORTO VELHO

REF. RPF/MPF Nº 0250100/00426/2006

Montenegro Comércio e Serviços Ltda. - CNPJ 03.119.686/0001-22, com sede e foro em Porto Velho-RO, à Rua José de Alencar, 3890 - Bairro Olaria - com relação aos esclarecimentos solicitados, informamos o que segue:

DEMONSTRATIVOS DE VALORES - EXTRATOS BANCÁRIOS

Data	Histórico	Documento	Valor D/C	Descrição
17/04/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	567107000	50.110,50	Discriminado abaixo
06/05/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	92105000	16.722,10	Discriminado abaixo
07/05/2003	TED-TRNSF ELET DISPON	1944035000	40.000,00	Discriminado abaixo
08/05/2003	DEPOSITO EM CHEQUE/DINHEIRO	697105000	3.110,00	Discriminado abaixo
08/05/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	697105000	11.000,00	Discriminado abaixo
26/05/2003	DOC CREDITO AUTOMATICO*	509532000	34.867,00	Empréstimo Func. Assembléia Legislativa RO

Continuando com a ação fiscal, em 21/02/2008, foi lavrado outro **Termo de Intimação Fiscal (fls. 130/138) ao BANCO BRADESCO solicitando complementação das informações anteriores**, anexando planilha discriminando os valores depositados/creditados, bem como os **cheques compensados**:

IDENTIFICAÇÃO

Unidade	Número do RPF/MPF
0250100 - PORTO VELHO - DRF	0250100/00072/2007
Nome/Nome Empresarial	CPF/CNPJ
BANCO BRADESCO S.A.	60.746.948/0001-12
Logradouro	Numero
CIDADE DE DEUS	S/N
Bairro	UF CEP
VILA YARA	OSASCO SP 06.029-900
Local de Lavratura	Data Hora
DIFIS 2ª RF	21/02/2008

CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e no curso da ação fiscal em andamento, referente ao contribuinte Montenegro Comércio e Serviços Ltda, assegurado pela Requisição de Movimentação Financeira 0250100/00072/3007 e de acordo com o disposto nos art. 904, 910, 911 e 927 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), INTIMAMOS a Instituição Financeira acima identificada a apresentar os elementos abaixo especificados:

Prazo: 10 dias Período de apuração: 2003 e 2004

- Apesar de terem sido encaminhadas alguns documentos com as informações solicitadas, ficaram algumas lacunas, conforme planilha anexa de débitos e créditos. Solicito, então, a complementação das informações, inclusive as que pertencem a outra agência, com valores expressivos em dinheiro, como é o caso de transferências da agência Djalmá Batista, em Manaus;

DATA	HISTÓRICO	DOCUMENTO	VALOR	D/C	BENEFICIÁRIO
16/04/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000121000	50.000,00	D	Amaurildo G. Azevedo
22/04/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000122000	42.000,00	D	
07/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000124000	20.000,00	D	Luiz Carlos Coelho de Menezes
07/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000125000	25.000,00	D	José Aparecido da Silva
07/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000126000	25.000,00	D	Francisco Isidro
28/05/2003	CHEQUE	000000129000	104.000,00	D	Votorantim Celulose
29/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000130000	49.800,00	D	ilegível
30/05/2003	CHEQUE COMPENSADO	000000123000	22.000,00	D	

Ao relatar a ação fiscal até este evento, o auditor consigna no TVF que "Como além dos créditos não justificados, os pagamentos também não o foram, com documentação hábil e idônea, em 11/03/2008 foi solicitado à autoridade competente, em conformidade com a legislação vigente, ***inclusão do tributo IRRF*** para os anos-calendário de 2003 e 2004,(..).

Ora, em momento algum o contribuinte foi intimado a comprovar o beneficiário ou a causa dos citados pagamentos (cheques compensados), mas apenas a instituição financeira. E, mesmo após a inclusão do tributo IRRF no Mandado de Procedimento Fiscal, conforme

Termo de Ciência de Renovação de MPF emitido em 10/04/2008, fls. 22, não há qualquer intimação ao contribuinte neste sentido.

Além disso, em que pese a inclusão do IRRF na ação fiscal, através do Termo emitido em 13/03/2008, fls. 178, o contribuinte foi intimado a prestar maiores esclarecimentos acerca da utilização da conta corrente para recebimento de empréstimos por terceiros. A resposta a esta intimação encontra-se às fls. 196 dos autos:

TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL			
IDENTIFICAÇÃO			
Unidade		Número do RPF/MPF	
0250100	PORTO VELHO - DRF	0250100/00426/2006	
Nome/Nome Empresarial		CPF/CNPJ	
MONTENEGRO COMERCIO E SERVICOS LTDA		03.119.686/0001-22	
Logradouro	Numero	Complement	
R JOSE DE ALENCAR	3890		
Bairro	Cidade	UF	CEP
OLARIA	PORTO VELHO	RO	78.902-600
Local de Lavratura		Data	Hora
DIFIS 2ª RF		13/03/2008	

CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e no curso da ação fiscal em anadamento, de acordo com o disposto nos art. 904, 910, 911 e 927 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), e tendo apresentado resposta com relatos que necessitam de esclarecimentos, INTIMAMOS o contribuinte acima identificado a apresentar os elementos abaixo especificados:

- tendo o contribuinte afirmado que a conta-corrente da empresa fora utilizada por terceiros a título de empréstimos recebidos por funcionários da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, apresentar documentação que comprove tais fatos, como procuração para movimentação da referida conta, etc. Além disso, individualizar os valores que competiram a cada uma das pessoas, listando os nomes, datas, etc.
- listar as pessoas que contrairam tais empréstimos, individualizando os valores e a forma da quitação dos mesmos.
- com relação aos dois créditos nos valores de R\$ 287.855,00 em 26/08/2003 e de R\$ 69.590,00 em 09/09/2003, apresentar os documentos comprobatórios.

Apenas em 11/07/2008, por meio do Termo de Constatação de Responsabilidade Tributária e Intimação Fiscal, fls. 222/230, no qual o Sr. Antônio Spegiorin Tavares, na qualidade a ele imputada de sócio de fato, e na condição de responsável tributário solidário, foi intimado a apresentar:

- 1 - Livros Caixa ou Diário e Razão
- 2 - Livro Registro de Entradas
- 3 - Livro Registro de Saídas
- 4 - Contrato/Estatuto Social e suas alterações
- 5 - Extratos de contas bancárias e de aplicações financeiras, justificando e apresentando toda a documentação que geraram cada operação a crédito e a débito nas contas corrente e de aplicação
- 6 - Notas fiscais de compra referentes à conta fornecedoras
- 7 - Apresentar todos os talonários de notas fiscais, com todas as séries existentes, cujas emissões tenham ocorrido nos anos de 2003 e 2004
- 8 - Apresentar cópia do Termo de Opção no SIMPLES.
- 9 - Livro Registro de Apuração do ICMS.
- 10 - Livro Registro de Apuração do ISS.

Constata-se que sequer o Sr. Antônio Spegiorin Tavares teve acesso à lista dos cheques compensados, e que foram objeto de intimação ao BANCO BRADESCO. Em um comando genérico, o responsável solidário foi intimado a apresentar documentação de todas as

operações constantes nos extratos bancários, cuja responsabilidade de apresentação também foi a ele imputada. O citado Termo, ao que tudo indica, não foi acompanhado das planilhas que discriminam tanto os valores depositados/creditados quanto os valores debitados em razão das compensações dos cheques.

De acordo com o artigo 142 do CTN, a atividade do lançamento é privativa da autoridade fiscal, sendo ônus do agente a verificação e comprovação da ocorrência do fato gerador. Entretanto, da análise do procedimento adotado nesta ação fiscal, conclui-se que não restou demonstrada a infração imputada ao contribuinte, conforme TVF:

II- DA INFRAÇÃO APURADA

A infração apurada foi FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS SEM CAUSA OU DE OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA.

Em momento algum da ação fiscal o contribuinte foi instado a comprovar a causa ou operação dos cheques compensados em sua conta corrente, e sequer quem seriam os beneficiários. Pelo o que consta nos autos, o único intimado foi o BANCO BRADESCO, totalmente estranho à suposta relação negocial entre a autuada e os beneficiários, relação esta que teria dado causa à emissão do cheque. O intimado atuou apenas como o agente financeiro, na qual a recorrente mantinha a conta bancária.

É de ressaltar que o autuado só teve conhecimento dos valores relativos aos cheques compensados, base de cálculo reajustada deste lançamento, quando da ciência do auto de infração. E, em que pese mencionado no TVF que estariam acostados aos autos as cópias dos cheques, não foi possível a esta conselheira encontrá-los. Neste contexto, entendo que o exercício do direito à defesa e ao contraditório restaram prejudicados.

Conclui-se que, além de o procedimento fiscal não ter observado os elementos necessários para constituição do crédito tributário nos termos do artigo 142 do CTN, mormente no que se refere a verificar a ocorrência do fato gerador, o resultado também se reveste da hipótese de nulidade prevista no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, ao preterir o direito de defesa.

Diante destes fatos, interessante trazer os esclarecimentos de Marcus Vinicius Neder e Maria Tereza Martínez López ("Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado", 3ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010, página 566):

"Para Eurico de Santi, se o lançamento objeto de invalidação apresentar vício em seu processo de produção, é caso de anulação; se o vício estiver instalado em seu produto, é caso de nulidade. Vincula, portanto, a anulação aos problemas que se referem ao processo de produção do lançamento (vícios formais) e a nulidade aos problemas inerentes ao conteúdo do ato (vícios materiais). Num ato de lançamento, o resultado pretendido é a constituição do crédito tributário, pois é condição para que a Fazenda possa exercer o seu direito ao tributo. Assim, se a invalidade do lançamento decorre de problemas nos pressupostos de constituição do ato, ou seja, na aplicação da regra matriz de incidência e na comprovação da ocorrência do fato (direito material), diz-se que o vício é material. Se a anulação decorre de vício de forma ou de formalização do ato, o vício é formal e se aplica o art. 173, inciso II, para reinício da contagem do prazo decadencial." (g.n.)

Do exposto, como não restou comprovado a ocorrência do fato gerador, bem como restou prejudicado o direito de defesa do autuado, voto por dar provimento ao recurso voluntário, para considerar nulo por vício material o auto de infração.

(documento assinado digitalmente)

Maria Lúcia Miceli - Relatora